

Autos nº 9018-74.2014.4.01.3400 – Mandado de Segurança Coletivo – Due Process Clause – Classe 2200

Impetrante : Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal
Impetrados : Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil – 1ª Região e
Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília – DF
Juiz Federal : Antonio Claudio Macedo da Silva

DECISÃO

I – RELATÓRIO.

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO impetrado pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO DISTRITO FEDERAL em face do SUPERINTENDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – 1ª REGIÃO e do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO EM BRASÍLIA – DRJ/DF, objetivando, em síntese,

(1) a concessão de medida liminar *initio litis et inaudita altera pars* para que

(a) seja determinada aos impetrados a disponibilização prévia das pautas de julgamento das Sessões da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília cujo objeto é o julgamento das Impugnações aos Autos de Infração lavrados pela Administração Tributária Federal;

(b) seja permitida a presença dos contribuintes e de seus advogados nas sessões de julgamento;

(c) seja permitido aos advogados o exercício da ampla defesa, mormente no que pertinente à apresentação de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários ao exercício da advocacia.

(2) no mérito,

(a) seja concedida a segurança, confirmando-se os termos da medida de urgência; bem como

(b) sejam declarados nulos quaisquer atos praticados em afronta ao exercício profissional.

Em apertada síntese, defende a OAB/DF que

(1) sua legitimidade deriva da norma insculpida no art. 44, inc. I, da Lei 8.906/94, e que sua missão institucional de velar pela defesa da Constituição a legitima, inclusive, *vis-à-vis* o inc. VII do art. 103 da CF/88, ao manejo de ação direta de inconstitucionalidade sem que se lhe exija o requisito da pertinência temática, e, especificamente, o Conselho Seccional titulariza, no plano regional, as competências atribuídas no plano federal ao Conselho Federal (cf. art. 57 do EOAB – Lei 8.906/94);

(2) que o procedimento da SRFB – Secretaria da Receita Federal do Brasil, ao impedir que os contribuintes e seus advogados tenham ciência das datas de julgamento das impugnações a autos de infração à legislação tributária federal, bem como ao interditar-lhes assistir e participar, inclusive com sustentação oral, das

sessões de julgamento, viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal (CF/88, art. 5º, incs. LIV e LV);

(3) que tal procedimento da SRFB viola o art. 7º, inc. VI, "c", do EOAB;

(4) que a Portaria MF 341/2011, ao disciplinar dessa forma o procedimento das Delegacias Regionais de Julgamento – DRJs, incide em grave violação aos princípios constitucionais pertinentes à *due process clause*, como também o art. 3º, incs. II, III e IV, da Lei 9.784/99, que regulou o processo administrativo federal;

(5) que também restam vulnerados os princípios da moralidade, da publicidade e da boa-fé do administrado.

Sucintamente relatados, fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Irresigna-se a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Conselho Seccional do Distrito Federal (OAB/DF), contra os termos nos quais vazada a Portaria 341/2011, do Ministério da Fazenda, que regulou o processo administrativo na primeira instância de julgamento fiscal.

Com efeito, há uma peculiaridade no processo administrativo fiscal quanto ao julgamento de primeira instância, é dizer, aquele que primeiro afere a legalidade do auto de infração, e esta singularidade está no fato de que o órgão que julga as impugnações aos autos de infração ou às notificações de lançamento constitui-se em um colegiado e somente decide em sessão de julgamento.

O Decreto 70.235/72, recepcionado com *status* de lei ordinária pelo ordenamento jurídico inaugurado com a Carta de 1988, é silente quanto ao procedimento a ser adotado no julgamento de primeira instância, limitando-se tão-somente, em seus arts. 33, 34, incs. I e II, c/c seus §§ 1º e 2º, 35 e 36, a instituir, respectivamente:

- (1) o recurso voluntário;
- (2) o recurso de ofício;
- (3) a necessidade da preempção (sic) do recurso ser declarada pela segunda instância; e
- (4) a vedação, em primeiro grau, de pedido de reconsideração.

O Decreto nº 7.574/2011, por sua vez, ao regulamentar o processo administrativo fiscal no âmbito da SRF, em seu art. 61, limita-se tão-somente a atribuir o julgamento de primeira instância às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJs), estabelecendo sua competência para julgar

- (1) as impugnações a auto de infração e notificação de lançamento;



- (2) as manifestações de inconformidade de sujeito passivo em processos administrativos relativos a compensação, restituição e ressarcimento de tributos, inclusive créditos de IPI – Imposto sobre Produto Industrializados; e
- (3) as impugnações a ato declaratório de suspensão de imunidade e isenção.

Para preencher esse vácuo normativo, foi editada a indigitada Portaria MF 341, de 12.7.2011, que vige atualmente com as alterações oriundas da Portaria MF 571, de 4.12.2013, a qual não permite, diversamente do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) – *segunda instância do processo administrativo fiscal, cujo RI foi editado pela Portaria MF 256, de 22.07.2009, com as alterações das Portarias MF 446, de 27.8.2009, e 586, de 21.12.2010* – a plena atuação do advogado.

Com efeito, os arts. 52 e segs., do RICARF, não somente prescrevem

- (1) a **publicidade das sessões de julgamento** (RICARF, art. 53), inclusive quando mediante video conferência (cf. RICARF, art. 53, §§ 1º e 2º);
- (2) como também **garantem a apresentação de memoriais**, inclusive em meio digital, **bem como sustentação oral e gravação da sessão de julgamento** (cf. RICARF, art. 53, §§ 1º e 2º, incs. I a IV).

Exsurge, assim, a evidente assimetria entre os procedimentos de julgamento de primeiro e de segundo grau no âmbito do processo administrativo fiscal, em prejuízo evidente e inequívoco, na primeira instância, da **due process clause**, passível de ataque na via mandamental.

E nem se objete que o presente mandado de segurança coletivo investe contra lei em tese, a interditar seu trânsito *vis-à-vis* a Súmula 266/STF, pois o ato normativo guerreado possui efeitos concretos em cada processo administrativo sobre as prerrogativas do advogado, as quais são erigidas não em favor da sua pessoa, mas para a proteção do direito fundamental da pessoa humana ao contraditório e à ampla defesa, cuja realização é impossível sem a presença do advogado e o respeito às suas prerrogativas legais [as quais, por evidente, devem ser exercidas dentro do horizonte da razoabilidade e da proporcionalidade].

Aliás, a hipótese dos autos demanda o manejo da via mandamental em sua versão coletiva com o desiderato de proteger o próprio direito de defesa do contribuinte mediante a proteção da atuação de seu advogado.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que

“o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na

titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.”

(Cf. RE 193382, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1996, DJ 20-09-1996.)

E os aspectos procedimentais da cláusula do devido processo legal – *procedural due process clause* – são indispensáveis à proteção da vida, liberdade e propriedade – *life, liberty and property*.

Como bem asseveram NOVAK e ROTUNDA,

The due process clauses also have a procedural aspect in that they guarantee that each person shall be accorded a certain “process” if they are deprived of life, liberty or property. **When the power of the government is to be used against an individual, there is a right to a fair procedure to determine the basis for, and legality of, such action.** But there is no general requirement that the government institute a procedure prior to taking acts which are unfavourable to some individuals. It is only when someone’s “life, liberty or property” is to be impaired that **the government owes him some type of process for the consideration of his interests.**¹ [Grifos nossos.]

[NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Sixth Edition. St. Paul, Minn., USA: West Group, 2000, pp. 544-545.]

E é exatamente a hipótese dos autos, na qual o patrimônio – *property* – do contribuinte poderá ser afetado, que o Estado “*owes him some type of process for the consideration of his interests.*” Exatamente para aferir-se “*the basis for, and legality of, such action*”, titulariza o contribuinte “*a right to a fair procedure*”, é dizer, um direito a um processo justo, e não a uma encenação de processo.

E não há processo justo no qual não tenha o interessado o direito de saber data, hora e local do julgamento, bem como inexistente *fair procedure* se a ele não são garantidas as expressões inequívocas de ordem processual para o exercício do contraditório e da ampla defesa, mormente o direito de constituir advogado e que este profissional possa exercer os atos típicos da advocacia na defesa dos interesses do seu constituinte.



1 Livre tradução: As cláusulas do devido processo legal também possuem um aspecto procedimental mediante o qual elas garantem que a cada pessoa seja deferido um certo ‘processo’ se elas forem privadas da vida, liberdade, ou propriedade. Quando o poder do Estado for usado contra o indivíduo, há o direito a um procedimento justo para determinar a base para, e a legalidade de, tal ação. Inexiste, porém, um pressuposto geral de que o Estado institua um procedimento prévio para editar atos desfavoráveis a alguns indivíduos. É somente quando a ‘vida, liberdade ou propriedade’ de alguém está para ser coarctada é que o Estado lhe deve algum tipo de processo para a consideração de seus interesses.

A isto se denomina *procedural due process*, *id est*, o aspecto adjetivo, é dizer, procedimental, da cláusula do devido processo legal.

ERWIN CHERMERINSKY bem resume o conceito de *procedural due process*, a saber:

The Fifth and Fourteenth Amendments, respectively, provide that neither the United States nor state governments shall deprive any person 'of life, liberty or property without due process of law'.

Procedural due process, as the phrase implies, **refers to the procedures that the government must follow before it deprives a person of life, liberty, or property.** Classic procedural due process issues concern **what kind of notice and what form of hearing the government must provide** when it takes a particular action.² [Grifos nossos.]

[Cf. CHERMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*. Third edition. Aspen Treatises Series. New York, NY, USA: Aspen Publishers, 2006, p. 545.]

CHEMERINSKY nos chama a atenção para o *modus operandi* e o *quantum* de *due process*. A essa questão voltaremos mais adiante.

Primeiro, impõe-se o enfrentamento de uma questão processual quanto ao escopo do interesse e da legitimidade da OAB/DF.

O alcance do mandado de segurança coletivo não pode extrapolar os substituídos, daí por que descabe o pedido para que os contribuintes tenham acesso às sessões de julgamento, pois tal direito – malgrado inequívoco, vis-à-vis a *due process clause*, em favor do contribuinte – somente pode ser garantido por cada contribuinte em mandado de segurança individual ou, se for o caso, coletivo, mas desde que representado por organização sindical, entidade de classe ou associação constituída com o desiderato específico de defesa dos seus interesses.

Inexiste, por conseguinte, na hipótese, em favor da Ordem dos Advogados, a legitimidade ativa para representar indiscriminadamente todos os contribuintes em sede de mandado de segurança coletivo, não se lhe podendo conferir tal legitimidade por analogia ao ***objektives Verfahren*** – processo objetivo – que caracteriza a jurisdição constitucional

2 Livre tradução: A Quinta e Décima Quarta Emendas, respectivamente, prevêm que nem os Estados Unidos nem os governos estaduais privarão qualquer pessoa 'da vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal.' Devido processo legal procedimental, como se depreende da expressão, refere-se aos procedimentos que o Estado deve seguir antes de privar uma pessoa da vida, liberdade, ou propriedade. O clássico devido processo legal procedimental concerne a que tipo de notícia e qual forma de audiência o Estado deve prover quando ele toma uma determinada ação.

concentrada, na qual, como bem afirmado na inicial, a titularidade para o manejo da ADI não exige do CFOAB o requisito da pertinência temática.

Entretanto, persistem a legitimidade e o interesse de agir da OAB em relação ao advogado, **o qual tem a prerrogativa, derivada da própria liberdade de exercício da profissão, de estar acompanhado – sempre que possível e assim o entender em sua avaliação técnica – de seu constituinte quando da prática de atos privativos da profissão.**

Por esse viés pode-se admitir a pertinência do mandado de segurança coletivo para a proteção da **prerrogativa, insita ao exercício profissional do advogado, e sem a qual não se pode conceber um processo justo – *fair procedure* – de ser assistido, enquanto também o assiste, pelo seu cliente**, aquele que melhor se encontra instrumentado para, durante a prática de qualquer ato processual ou extraprocessual, transmitir ao seu defensor a matéria de fato sobre a qual se derramará a análise normativa.

Por evidente que a *due process clause* nos foi legada, desde o início de nossa história constitucional republicana, a partir da influência do direito norte-americano, hoje pouco estudado dentro da doutrina constitucional brasileira, como se nossas origens constitucionais e todo o pensamento que está na base do pensamento constitucional brasileiro fosse derivado tão-somente da cultura constitucional germânica [cuja tradição constitucional também é admirável, tanto a alemã quanto a austríaca e seu mais brilhante expoente *Hans Kelsen*], igualmente influenciada, registre-se, pela inteligência constitucional dos *Founding Fathers* [expressão que se refere aos arquitetos do documento constitucional norte-americano reunidos na Convenção da Filadélfia].

A questão que se coloca neste caso não é simples como parece, malgrado a patente violação, por parte da normativa vergastada, dos princípios do devido processo legal e do contraditório no âmbito da primeira instância administrativa fiscal de julgamento.

Aliás, voltando ao extrato retro citado de ERWIN CHERMERINSKY, persistem as questões do *modus operandi* e do *quantum* de *due process* deve ser concedido, e quando este *due process* deve ser anterior à ação administrativa [no caso concreto, precedente à inscrição do débito em dívida ativa da União, o que ocasiona diversas restrições ao direito de propriedade do contribuinte, inclusive a possibilidade do arrolamento administrativo de bens e de medidas cautelares fiscais].

No que pertinente a este último aspecto – se o *fair procedure* deve ser exercido *a priori* ou *a posteriori* – a resposta da longa evolução da *common law*, também albergada pela tradição da *civil law*, é inequívoca no sentido de que, quando em periclitação os valores fundamentais da *vida, da liberdade, ou da propriedade* [*life, liberty, or property*], o

procedimento deve ser prévio a uma determinada ação estatal, sem que se exija sempre o prévio processo legal em todos os casos, como bem anotado no excerto referido, visto que pode haver eficiente [do ponto de vista jurídico do respeito aos direitos fundamentais] e de baixo custo [do ponto de vista econômico] devido processo *a posteriori* do agir administrativo [*efficient and cost-effective a posteriori procedural due process*].

E é exatamente este particular aspecto que também é registrado na passagem já citada de NOVAK e ROTUNDA.

O problema que persiste, e tem sido verdadeiramente desprezado pela jurisprudência brasileira, e que deve ser analisado com mais profundidade, é o do *modus* e do *quantum*, *vis-à-vis* a diferença inequívoca dos diversos bens da vida compreendidos, especialmente, nos conceitos de liberdade e propriedade.

Em verdade, a questão é muito complexa e foi enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 80 sob um viés bastante singular.

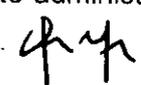
Em *Cleveland Board of Education v. Loudermill* (1985) a *U.S. Supreme Court* observou que a questão do *quantum* de *due process* deve ser atribuído a um procedimento *vis-à-vis* o bem da vida que pode ser objeto de privação e efetivamente deflagra a temática acerca da *due process clause*.

Concluiu a SCOTUS – *Supreme Court of the United States* que se deve sopesar o interesse individual em obter procedimento dilargado bem como seu valor e custo.

Confira-se, a propósito, a precisa lição de THOMAS O. SARGENTICH, Professor of Law at the American University Washington College of Law:

The Court in *Cleveland Board of Education v. Loudermill* (1985) separated the issue of whether due process is triggered from the question of how much process is “due”. A court is to weigh the extent of an individual’s interest in additional procedure, as well as its value and cost.³

[Cf. SARGENTICH, Thomas O. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Second Edition. Editor in Chief Kermit L. Hall. Editors James W. Ely, Jr. and Joel B. Grossman. New York, NY, USA: Oxford, 2005, p. 274.]

Essa temática é extremamente relevante neste mandado de segurança, pois insofismavelmente deriva toda a análise de ferimento ou não ao devido processo legal do exame do *modus* e do *quantum* de *due process* é atribuído ao procedimento administrativo na jurisdição administrativa fiscal de primeira instância em favor do contribuinte. 

³ A Suprema Corte em *Cleveland Board of Education v. Loudermill* (1985) destacou o debate acerca de se o devido processo legal é derivado da questão de quanto processo é ‘devido’. Uma Corte deverá sopesar a extensão de um interesse individual em um procedimento adicional, assim como seu valor e custo.

E tal objeto litigioso indubitavelmente deflagra uma questão jurídica intimamente ligada à dicção da *due process clause* no direito brasileiro hodierno.

O questionamento, portanto, que se deve fazer é se há necessidade de *additional procedure*, preordenado à garantia do direito de defesa, mediante a preservação das prerrogativas inerentes ao exercício profissional do advogado.

E para isso é necessário entender que a expressão *due process of law* deriva da própria noção de legalidade, e, por conseguinte, guarda uma equivalência semântica com a expressão *law of the land* insculpida na *Magna Charta* inglesa.

Nesse diapasão, vale a lembrança de importante passagem do voto do *Justice Curtis*, em 1856, em *Murray v. Hoboken Land & Improvement Co.* [59 U.S. (918 How.) 272 (1856)], na SCOTUS [*Supreme Court of the United States*], e que bem descreveu a origem da expressão *due process clause*:

The words, 'due process of law', were undoubtedly intended to convey the same meaning as the words, 'by the law of the land', in Magna Charta. [The] constitution contains no description of those processes which it was intended to allow or forbid. It does not even declare what principles are to be applied to ascertain whether it be due process. [To] what principles, then, are we to resort to ascertain whether [a particular process] is due process? [We] must look to those settled usages and modes of proceeding existing in the common and statute law of England, before the emigration of our ancestors, and which are shown not to have been unsuited to their civil and political condition by having been acted on by them after the settlement of this country.⁴

[*apud* STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. Constitutional law. Fifth Edition. New York, NY, USA: Aspen Publishers, 2005, p. 735.]

Portanto, a pergunta sobre qual tipo de devido processo legal deve ser garantido implica necessariamente a análise não somente do documento constitucional, mas também de toda a tradição jurídica que conforma a "legalidade constitucional" [*law of the land*], os usos e costumes administrativos, bem como o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.



⁴ As palavras, 'devido processo legal', foram indubitavelmente preordenadas a transmitir o mesmo significado que as palavras, 'pela lei do País', na Carta Magna. A constituição não contém descrição daqueles procedimentos que pretendia permitir ou proibir. Ela nem sequer declara quais princípios devem ser aplicados para aferir-se o que seja devido processo legal. A quais princípios, então, devemos recorrer para aferir se um determinado processo substancia devido processo legal? Nós devemos olhar para os usos e modos de proceder assentados existentes no direito comum e nas leis da Inglaterra, antes da emigração de nossos ancestrais, e que se mostraram não serem inadequados para a sua condição política e civil mediante a sua aplicação por eles após a colonização deste País.

Mister se faz, entretanto, estarmos atentos, ao proceder a este tipo de análise, ao que o *Justice Felix Frankfurter* denominou “*the idiosyncrasies of a merely personal judgment*” [“as idiossincrasias de um julgamento meramente pessoal”].

Confira-se, a propósito, excerto de sua *legal opinion* em *Adamson v. California* [332 U.S. 46 (1947)]:

[...] Judicial review of th[e due process] guaranty [inescapably] imposes upon this Court an exercise of judgment upon the whole course of the proceedings in order to ascertain whether they offend those canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples. [These] standards [are] not authoritatively formulated anywhere as though they were prescriptions in a pharmacopoeia. But neither the application of the Due Process Clause imply that judges are wholly at large. The judicial judgment in applying the Due Process Clause must move within the limits of accepted notions of justice and is not to be based upon the idiosyncrasies of a merely personal judgment. [An] important safeguard against such merely individual judgment is an alert deference to the judgment of the State court under review.⁵

[*apud* STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *Constitutional law*. Fifth Edition. New York, NY, USA: Aspen Publishers, 2005, p. 738.]

Logo, não há espaço nesta análise jurídica para admitir-se um magistrado inteiramente livre e que pretenda impor suas idiossincrasias, sendo indispensável uma análise do conjunto da dogmática jurídica do sistema para dele – e somente dele, não da cabeça do juiz – derivar a solução corretiva na hipótese de um determinado procedimento violar a *due process clause*.

D’outra forma, não se está a corrigir um procedimento para que se enquadre na moldura de um *fair procedure*, mas tão-somente trocando-se o arbítrio da Administração pelo arbítrio judicial, que não tem garantia apriorística de que irá produzir solução normativa melhor do que aquela [é dizer, a solução administrativa] para realizar o comando constitucional do devido processo legal. 

5 A revisão judicial da garantia do devido processo legal inescapavelmente impõe sobre esta Suprema Corte um exercício de análise acerca do inteiro curso dos procedimentos em ordem a aferir se eles ofendem aqueles cânones de decência e justiça que expressam as noções de justiça dos povos de língua inglesa. Esses princípios não estão formulados autoritativamente em nenhum lugar como se fossem prescrições em uma farmacopéia. Nem também a aplicação da cláusula do devido processo legal implica que os juízes estão inteiramente livres. A análise judicial na aplicação da cláusula do devido processo legal deve mover-se dentro dos limites de noções aceitáveis de justiça e não é para ser fundada sobre as idiossincrasias de um julgamento meramente pessoal. Uma importante salvaguarda contra tal julgamento puramente individual é uma alerta deferência para com o julgamento da Corte Estadual sob revisão.

Outra não é a linha constitucional dos demais sistemas jurídicos na tradição romano-germânica, à qual estamos vinculados em nossa evolução histórica.

Com efeito, a linha constitucional germânica também expressa a sua preocupação com um processo justo na noção de *fares Verfahren* [processo justo], e que traduz, na cultura jurídico-germânica, o que a *common law* denomina *procedural due process of law*.

A processualística italiana igualmente guarda a noção de *giusto processo* [processo justo], que se revela no *'diritto di azione e di difesa davanti ad un giudice imparziale'*⁶ [cf. MAZZIOTTI DI CELSO, M.; SALERNO, G.M. **Manuale di Diritto Costituzionale**. Segunda Edizione. Padova: CEDAM, 2003, p. 190.]

Assim, em casos como o presente, no qual a norma guerreada deve ser afastada, pois incongruente com o sistema jurídico, não pode o Magistrado – *em especial este Juiz, que sempre defendeu a **judicial self-restraint*** – editar a norma geral e abstrata para o julgamento de primeira instância fiscal, em substituição à norma defeituosa, mormente porque não se encontra investido de jurisdição constitucional concentrada, mas somente difusa, e porque não há, como já registrado, nenhuma garantia *a priori* de que a sua solução produzirá um *fair procedure, ou objektives Verfahren ou giusto processo!*

Pertinente, assim, o uso da analogia para que, respeitando-se a separação das funções estatais, a intervenção [da função] judicial na função administrativa seja a mínima possível – *excepcionando-se o princípio da reserva da administração*, corolário inafastável do próprio *princípio da separação de poderes* – para recompor, na feliz expressão de DWORKIN, o império da lei – *law's empire*.

Em razão disso, impõe-se a concessão da medida liminar para que, afastando-se a incidência da Portaria MF 341/2011, **seja aplicada** – até a edição de norma, por parte do Ministério da Fazenda, que obsequie a *due process clause* – **a Portaria MF 256, de 22.07.2009, com as alterações das Portarias MF 446, de 27.8.2009, e 586, de 21.12.2010**, que instituiu o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF

Ressalto, que entende este Magistrado que a aplicação analógica, por verdadeira simetria, do RICARF à jurisdição de primeira instância fiscal não viola nem o princípio da reserva da administração – pois não interdita à Administração Tributária o exercício da competência para editar nova Portaria que regule o processo de primeira instância em conformidade com os princípios derivados da cláusula do devido processo legal – nem tampouco incide no risco, tão bem apontado por PAULO OTERO, de que a interpretação judicial venha fornecer *“todo o material genético para, eliminando a última réstia da separação*

6 '[...] direito de ação e de defesa perante um juiz imparcial [...]

*de poderes que opõe o poder político e o poder judicial, se alicerçarem os pressupostos conducentes a um governo de juízes: o pluralismo que está na gênese do modelo constitucional aberto dará então origem, paradoxalmente, a um modelo definidor do Direito que carece de legitimidade político-democrática.” (Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 168-169.)*

Que o Judiciário continue a ser, na linguagem dos Federalistas norte-americanos – *The Federalist Papers – the least dangerous branch*, é dizer, o poder menos perigoso, e, para isso, é necessário o comedimento dos magistrados, atendo-se tão-somente ao estrito controle da legalidade, cujo ferimento, em análise de cognição vertical sumária, próprio deste estágio processual, restou substanciado no entendimento deste Juízo.

III – DISPOSITIVO.

Ante o exposto, **CONCEDO A MEDIDA LIMINAR** para determinar às autoridades impetradas que apliquem, no julgamento de primeira instância das DRJs o RICARF no que couber, inclusive quanto à possibilidade de

(a) disponibilização prévia das pautas de julgamento das Sessões da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília cujo objeto seja o julgamento de qualquer recurso do contribuinte sobre as matérias de sua competência recursal;

(b) seja permitida a presença do contribuinte e de seu advogado na sessão de julgamento *durante o julgamento do seu recurso*;

(c) seja permitido ao advogado a apresentação de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários ao exercício da advocacia.

Publique-se. Intime-se. Notifique-se, **com urgência**.

Brasília – DF, 11 de fevereiro de 2014.


Antonio Claudio Macedo da Silva
Juiz Federal Titular – 8ª. Vara